Backgrounder

BP-224E

MOBILITY RIGHTS, THE ECONOMIC UNION AND THE CONSTITUTION

MOLLIE Dunsmuir
Law and Government Division

January 1990

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

91-01127/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1990

Cat. No. YM32-2/224E

ISBN 0-660-13646-5

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE OF CONTENTS

Page

INTRODUCTION 1

THE HISTORICAL CONTEXT 2

THE INTERPRETATION OF SECTION 121 5

THE DEBATE ON ECONOMIC UNION PRIOR TO 1982 13

SECTION 6 18

CONCLUSION 23

SELECTED REFERENCES 24

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

MOBILITY RIGHTS, THE ECONOMIC UNION AND THE CONSTITUTION

INTRODUCTION

Although economic union and free trade among the provinces were major reasons for Confederation, the provisions of the Constitution itself proved defective in ensuring such an outcome. By the beginning of the 1980s, concerns were increasingly raised as to the state of the Canadian economic union. Various constitutional amendments were suggested, the broadest being to expand section 121 of the Constitution Act, 1867, which prohibits interprovincial tariffs,(1) so as to include all interprovincial trade barriers. Although this was not acceptable to the provinces, an individual mobility rights section was added to the Charter as section 6.(2)

In April 1989, the Supreme Court of Canada came down with a decision on the application of section 6 that could have wide-ranging implications (the Black case).(3) La Forest J., speaking for the court, commenced his analysis of the "scope and and effect" of section 6(2) with a historical summary of the reasons for Confederation, stressing the economic union:

> The creation of a central government, the trade and commerce power, 121 and the building of a trans-continental railway were expected to help forge this economic union. The concept of Canada as a single country comprising what one would now call a common market was basic to the Confederation arrangements and the drafters of the British North America Act attempted

---

(1) This section states: "All Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall, from and after the Union, be admitted free into each of the other provinces."

(2) See p. 18 for section 6 in full.

(3) Black v. Law Society of Alberta, [1989] 1 S.C.R. 591.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> to pull down the existing internal barriers that restricted movement within the country.(4)

Moreover, he went on to refer to section 121 in the broadest terms, holding that the word "free" in the context of 121 meant "without impediment related to the traversing of a provincial boundary."(5)

Should this emphasis on the economic union and the importance of economic mobility be continued in future decisions, section 6 of the Charter, together with a revived section 121 of Constitution Act, 1867, could play a significant role in breaking down interprovincial non-tariff barriers.

THE HISTORICAL CONTEXT

> But the proposal now before us is to throw down all barriers between the provinces -- to make a citizen of one, a citizen of the whole; the proposal is, that our farmers and manufacturers and mechanics shall carry their wares unquestioned into every village of the Maritime Provinces; and that they shall with equal freedom bring their fish, and their coal and their West India produce to our three millions of inhabitants. The proposal is, that the law courts, and the schools, and the professional and industrial walks of life, throughout all the provinces, shall be thrown equally open to us all.(6)

While the framers of the American Constitution were concerned with guaranteeing life, liberty and the pursuit of happiness, the Fathers of Confederation seem to have pursued the more modest goals of peace, free trade and the pursuit of compromise. The proposed union of 1867 was to secure peace by creating a more defendable nation against which the Americans would be less likely to move, or, as Sir John A. Macdonald put

---

(4) Ibid., p. 609.

(5) Ibid.

(6) The Hon. George Brown, Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada, Quebec, 1865, p. 99.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

it, affording "the means of mutual defence and support against aggressions and attack."(7) The pursuit of compromise resulted in an elaborately constructed division of powers, which would, among other things, provide a way out of the deadlock between Upper and Lower Canada.

> The straining energies and ambitions of the western section of the Province could find no scope within the de facto federalism of the existing union; and the cultural interests of the eastern sections were thought to be endangered by anything but a de jure unity...(8)

The third goal, "a commercial union, with unrestricted free trade, between people of the five provinces"(9) must have seemed the easiest to achieve. As it became evident that the Reciprocity Treaty of 1854-66 with the United States was to be abrogated, interest in free trade among the provinces increased. Although the idea of a national economy was attacked by some, especially in the Maritime provinces, in most quarters "the national economy of British North America was a recognized objective of Confederation."(10)

The Fathers of Confederation felt confident that they had secured to the national government the necessary tools to forge an effective union. Donald Creighton suggests that they:

> attempted to separate the affairs and interests associated with commerce from certain rights and customs dependent upon land. The former, which covered the great bulk of economic activities of British North America as they knew it, they gave to the control of the Dominion; the latter, which included matters of

---

(7) The Hon. John A. Macdonald, ibid., p. 28.

(8) Donald G. Creighton, British North America at Confederation, Ottawa, 1939, p. 21, 50 (A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations).

(9) The Hon. George Brown (1865), p. 27.

(10) Creighton (1939), p. 41.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> minor economic, or of largely cultural, importance, they entrusted to the provinces.(11)

The three main economic weapons given to the federal government, according to Creighton, were the peace, order and good government power, the regulation of trade and commerce, and the power to disallow provincial acts. Section 121 appears to have been an afterthought, which did not appear until the fourth draft of the Act.(12) In 1867, the phrase "peace, order and good government" was extraordinarily comprehensive, "used by the colonial office and the Imperial government in conveying to colonial legislatures the entire range of their legitimate legislative authority."(13) Similarly, the phrase "trade and commerce" had "come to acquire the greatest importance and widest amplitude."(14) In fact, the language of the Constitution Act, 1867 granted the federal government a broader range of trade and commerce powers than the Constitution of the United States granted to Congress.

As things turned out, however, the American judiciary chose to expand the scope of the federal commerce power, while in Canada both the peace, order and good government clause and the trade and commerce power were severely limited in early decisions by the Privy Council.

> The history of the trade and commerce power closely parallels the history of the peace, order and good government power... Like the peace, order and good government power, the trade and commerce power was severely contracted by the Privy Council, but has been permitted to expand somewhat by the Supreme Court of

---

(11) Ibid., p. 50.

(12) G.V. La Forest, The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution (2nd ed.), Canadian Tax Foundation, Toronto, 1981, p. 6.

(13) Creighton (1939), p. 53.

(14) Ibid.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Canada since the abolition of appeals to the Privy Council.(15)

Nor did the disallowance power prove to be as effective as originally assumed. Creighton, in 1939, still felt that "just as the imperial government had used the power of disallowance to defend the provisions of the mercantile system, so the federal government was likely to employ it to protect the economic policies designed for the general interest of Canada."(16) Even as he wrote, however, the disallowance power was falling into disfavour and, arguably, constitutional obsolescence.(17)

In short, despite the attempt to ensure the economic union by reposing all trade, commerce, transportation and financial powers in the federal government, the early interpretations of the Constitution Act, 1867, left the provinces with far more room to develop their own economic policies and raise interprovincial barriers than the Fathers of Confederation would have thought possible. As well, an increasingly complex economic environment gradually led to a variety of non-tariff barriers and government interventions that would have been beyond the comprehension of a nineteenth century politician or economist.

THE INTERPRETATION OF SECTION 121

The late entry of section 121 into the Constitution Act, 1867 may have been due simply to the fact "that it is so fundamental to the

---

(15) Peter Hogg, Constitutional Law of Canada (2nd ed.), Carswell, Toronto, 1985, p. 440-1.

(16) Creighton (1939), p. 55.

(17) The 112th and last provincial statute to be disallowed, in 1943, was an Alberta Act "to prohibit the Sale of Land to any Enemy Aliens and Hutterites for the Duration of the War." G.V. La Forest, Disallowance and Reservation of Provincial Legislation, Department of Justice, Ottawa, 1955, p. 82.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

scheme envisaged that it was taken for granted."(18) Another possibility is that, because it was so fundamental, it was deliberately added as an obligation on the part of governments rather than, as with the main part of the Constitution, a division of powers between them. In any case, it seems at first glance clearly to prohibit the erection of economic barriers to the movement of goods between provinces:

> 121. All Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall, from and after the Union, be admitted free into each of the other provinces.

It should be borne in mind that "economic mobility" is generally considered to include mobility of labour, services and capital, while section 121 has been assumed to apply only to goods. George Brown's description of Confederation,(19) however, assumes mobility of labour and services, and the Fathers of Confederation may well have assumed that the broad federal powers over trade and commerce, together with sections 91(14) through (21), would prevent inter-provincial barriers to the relatively simplified movements of capital that took place in the nineteenth century.(20)

A second point is that section 121 is one of the few sections of the original Constitution that is concerned with limiting governmental power rather than allocating it between the federal and provincial governments. In fact, if we go through the non-procedural sections of the Constitution Act, 1867, only three sections appear to limit both levels of governments: section 121, section 125 (exemption of public lands and property from taxation), and section 133 (use of the English and

---

(18) La Forest (1981), p. 6.

(19) The Hon. George Brown (1865), p. 99.

(20) Sections 91(14) through (21) give the federal government power over currency and coinage; banking, incorporation of banks, and the issue of paper money; savings banks; weights and measures; bills of exchange and promissory notes; interest; legal tender; and bankruptcy and insolvency.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

French languages in Quebec). Of these, only sections 121 and 133 appear to confer any rights enforceable by an individual against all government rather than against a specific level of government.

Finally, the exact meaning of "free" in "all Articles ... shall ... be admitted free into each of the other provinces" has never been fully clarified. Despite an early trend toward limiting the meaning of the words to "free of duty," the door has never been closed on a broader or more flexible interpretation.

Various commentators have noted that section 121 has generated surprisingly little case law. The first three cases commenting on it, Gold Seal, Nat Bell, and Little(21) were all concerned with liquor legislation of a generally prohibitive nature around 1920. In all three cases, the defendants attempted to give the word "free" an almost "civil rights" as opposed to an economic meaning. The various courts involved rejected that concept, and limited the word "free" to meaning free of customs duties, or "without any tax or duty imposed as a condition of ... admission" into the province.(22)

In Gold Seal, the validity of the Canada Temperance Act, which prohibited the importation of liquor into any province where its sale was not allowed by provincial law, was under attack. The Supreme Court decided that the legislation fell within the federal peace, order and good government power, and Duff J. explained why it did not violate section 121:

> The essential word here is "free" and what is prohibited is the levying of customs duties or other charges of a like nature in matters of interprovincial trade. (p. 470)

In Nat Bell, the Alberta Liquor Act was under attack for prohibiting the sale of liquor within the province (with certain limited exceptions), and for placing severe restrictions on a person in possession

---

(21) Gold Seal Ltd. v. A.G. Alberta (1921), 62 S.C.R. 424; R. v. Nat Bell Liquors Ltd., [1922] 2 A.C. 128; Little v. A.G.B.C. (1922), 65 D.L.R. 297

(22) Gold Seal (1921), 62 S.C.R. 424, at p. 470.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

of liquor. Though the defendants argued that the Act violated section 121, the Privy Council drew a distinction between "free" admission and "free" use after admission:

> It is not an interference with sec. 121 of The B.N.A. Act, for the word "free," applied to admission into a province, does not further mean that when admitted the article in question can be used in any way its owner chooses, and although this Act, like many other Liquor Acts, has been made increasingly restrictive of individual freedom and enforced by legal measures of progressive severity, its competence depends on its general character and objects and not on the weight with which the Legislature lays its hand on those who violate its statutes. (137-8)

In Little, the British Columbia Court of Appeal upheld a requirement that imported liquor be reported so that the Liquor Control Board could impose a tax equal to what the province would have received had the liquor been purchased from a government store. The tax, it said, "was not a customs or similar charge imposed on goods as a condition of entry, but a direct tax following their importation."(23) The issue here, however, had as much to do with the meaning of "direct taxation" within a province as with section 121.

Similarly, in Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon, [1943] A.C. 550, a major case in the evolution of provincial powers with respect to sales tax, New Brunswick had placed a tax on the purchase of tobacco for consumption. In addition, persons importing tobacco for consumption were liable to the tax. The Privy Council held that section 121 was directed at preventing customs duties, and that the New Brunswick statute was rather a direct tax on consumption. A person did not pay the tax as a condition of receiving a commodity, but only if he was a prospective smoker or consumer.

Thus, the early evolution of section 121 was influenced by two factors. First, the cases involved what are now called "sin taxes" or, at the least, issues that were moral as much as economic. Second, in describing why section 121 did not apply, the view of the courts tended to

---

(23) La Forest (1981), p. 179.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

reflect the simpler economic world of the first few decades of the century. In the 1920s, it was easy for the courts to assume that customs-like duties or taxes could be the only barrier to free inter-provincial movement of goods. The complex regulatory web which had evolved by the 1980s would probably have been beyond their wildest conjectures.

It can be argued that the courts' interpretation of "admitted free" could as easily be interpreted as "admitted free of any economic barrier that we can readily conceive." This point of view received considerable support in Murphy v. C.P.R., [1958] S.C.R. 626, wherein the Canadian Wheat Board Act was challenged. That Act was upheld as regulating the supply of wheat rather than its interprovincial movement. Locke J., for the majority, followed Gold Seal in deciding that the aim of section 121 was to prohibit customs duties on interprovincial trade. Rand J., in a concurring judgment, noted that previous cases had not really found it necessary to analyze section 121, and commented on it at considerable length:

> "Free", in s. 121, means without impediment related to the traversing of a provincial boundary. . . I take s.121, apart from Customs duties, to be aimed against trade regulation which is designed to place fetters upon or raise impediments to or otherwise restrict or limit the free flow of commerce across the Dominion as if provincial boundaries did not exist. That it does not create a level of trade activity divested of all regulation I have no doubt; what is preserved is a free flow of trade regulated in subsidiary features which are or have come to be looked upon as incidents of trade. What is forbidden is a trade regulation that in its essence and purpose is related to a provincial boundary [(1958) 15 D.L.R. (2d) 145, pp. 150, 153].

This is the judgment cited by La Forest J. in Black, the 1989 Supreme Court of Canada case on section 6. Clearly it goes a great deal past a simple prohibition of customs duties:

> The decision of Rand J. in the Murphy case substituted the terms "fetters" and "impediments" for the older language of "taxes" and "customs duties" and referred

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> to the free flow of "commerce" rather than "articles," "goods," or "products."(24)

Laskin C.J. approved the statement of Rand J. in Re Agricultural Marketing Products Act, [1978] 2 S.C.R. 1198. This action is consistent with his earlier comment on "one of the objects of Confederation, evidenced by the catalogue of federal powers and by section 121, namely, to form an economic unit of the whole of Canada."(25) He also suggested that section 121 might not apply equally to the federal and provincial governments.(26)

Rand J., it should be noted, did not suggest that s. 121 could be used to strike down all interprovincial trade regulation. He approved the scheme of the Canadian Wheat Board Act, notwithstanding its effect on an individual producer:

> The Act operates on the individual by keeping him in effect in a queue but the orderly flow of products proceeds unabated.
>
> Section 121 does not extend to each producer in a Province an individual right to ship freely regardless of his place in that order (Murphy, p. 153).

As for whether the application of section 121 differed between the federal and provincial governments, Rand J. was not as sweeping as Laskin C.J. Considering the scheme a "social and economic necessity" and beyond provincial competence, he concluded that the federal Act could

---

(24) Michael Penny, Michael J. Trebilcock and John B. Laskin, "Existing and Proposed Constitutional Restraints on Provincially Induced Barriers to Economic Mobility in Canada," Michael J. Trebilcock et al., eds., Federalism and the Canadian Economic Union, published for the Ontario Economic Council by University of Toronto Press, 1983, p. 505.

(25) A.G. Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association, [1971] S.C.R. 689, at p. 727.

(26) "What may amount to a tariff or customs duty under a provincial regulatory statute may not have that character at all under a federal regulatory statute." Re Agricultural Marketing Products Act, p. 1267.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

not be considered as conflicting with section 121; otherwise, a "constitutional hiatus" would be created (Murphy, p. 153).

Thus, section 121 has life in it yet. As recently as 1982, the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, referred to it in a case involving section 8(2) of the provincial sales tax Act (Health Services Tax Act) which limited the tax credit given on trade-ins to purchasers of property within the province. For example, if a resident of Amherst, Nova Scotia, purchased a new car in Amherst for $5,000 and received a $2,000 credit for his trade-in, he paid tax on only $3,000. If he purchased the same car, under the same conditions, from a dealer in Sackville, New Brunswick, approximately ten miles away, he paid tax on the entire $5,000. Although the court found the section ineffective on purely interpretive grounds, Jones J.A. also referred to section 121:

> It is evident that the amendment was intended to discriminate between sales within the province and those taking place outside, and to favour purchases in the province. No legitimate reason was put forth to substantiate the need for such a practice as part of the overall scheme of legitimately raising revenue by direct taxation within the province. I cannot conceive of any other object of s. 8(2) than to discourage residents of the province from purchasing property outside the province. ... In doing so s. 8(2) violates the provisions of ss. 121 and 122 of the B.N.A. Act and, accordingly, is ultra vires.(27)

In short, section 121 has already gone through three phases of interpretive history. For the first 50 years of Confederation, it was not referred to at all. For the next 40 it was considered, in the very few cases involved, to prohibit only the traditional customs duties with which the courts of the late nineteenth and early twentieth century would be familiar. Since then it has been referred to infrequently and indirectly, but it can be argued that the Supreme Court of Canada has now approved a far more sweeping interpretation than was formerly the case.

Thus section 121 was seeing a modest revival of influence even before the constitutional negotiations of 1980-81, and before the

---

(27) Clearwater v. Minister of Finance (1982), 52 N.S.R. (2d), p. 430.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Charter came into existence. It seemed unlikely, however, that the revival would have a significant impact on interprovincial barriers. For one thing, the federal government seems to have been reluctant to push for an expansive interpretation of section 121, presumably because it might have found its own economic policies limited, particularly those with respect to regional development. For another, Canadian lawyers, at least prior to the Charter, were used to arguing in terms of the division of powers, rather than the prohibition of government conduct.

> First, until recently, Canadian lawyers, little aware of economic integration theory, were not inclined to use section 121 to promote the interests of their clients, preferring to rely upon section 91(2), which was much more familiar in constitutional terms. Contrary to what occurred in Australia, it is through a provision attributing competence, rather than the more direct prohibitive one, that problems of free movement have been broached. Second, when federal authorities have intervened in questions of this nature, they have constantly emphasized recourse to section 91(2), which favors an extension of their power, rather than section 121, likely to be interpreted as applying to both Parliament and the provincial legislatures.(28)

Overall, as the 1980s approached, it seemed that Creighton had correctly assessed the Constitution's weaknesses in maintaining the economic union:

> The Fathers of Confederation devised a federal scheme which sufficed for decades to meet the needs of a relatively simple economy; but its weaknesses have been exposed, as they never were before, by the pressure of

---

(28) Ivan Bernier et al., "The Concept of Economic Union in International and Constitutional Law," Perspectives on the Canadian Economic Union, Volume 60 of the research studies prepared for the Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada (hereafter Macdonald Commission), Toronto, 1985, p. 62.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> those burdens which are the inevitable accompaniment of a complex and unstable modern world.(29)

THE DEBATE ON ECONOMIC UNION PRIOR TO 1982

As the 1980s approached, concerns about the state of the Canadian economic union grew apace, along with proposals for constitutional reform. Among the first major studies were A.E. Safarian's now classic Canadian Federalism and Economic Integration (1974) and reports from the Task force on Canadian Unity, the Canadian Bar Association, and the federal government.(30) All suggested strengthening section 121 to guarantee the free movement of goods, capital, people and services in Canada, and all were cited in the 1989 Black decision as part of the "wave of political and academic concern regarding the construction of numerous barriers to interprovincial economic activity" (p. 611).

Safarian's study presented a scheme for classifying the degree of economic integration that was cited by subsequent works:

(a) Free trade area, which involves the removal of customs tariffs and quantitative restrictions, such as quotas, on trade between the member countries, but with each of them retaining its own distinct barriers against non-members.

(b) Customs union, which in addition to (a) standardizes such barriers by member countries against non-members [i.e., adopts a common external tariff].

(c) Common market, which in addition to (b) removes restrictions on the movement of labour and capital between member countries.

---

(29) Creighton (1939), p. 8.

(30) A.E. Safarian, Canadian Federalism and Economic Integration, Privy Council Office, Ottawa, 1974; Canada, The Task Force on Canadian Unity, A Future Together: Observations and Recommendations, Ottawa, 1979; Canadian Bar Association, Committee on the Constitution, Towards a New Canada, Montreal, 1978; and Jean Chrétien, Securing the Economic Union in the Constitution, Government of Canada, Ottawa, 1980.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

(d) Economic union, which in addition to (c) involves varying degrees of harmonization of national economic policies in order to remove discrimination due to disparities in these policies.

(e) A federal state, which is a form of union in which the general government and the provinces or states each exercise exclusive jurisdiction in some major areas of policy and shared jurisdiction in others.

(f) A unitary state, wherein the general government has jurisdiction over economic and other major policies.(31)

What dismayed many commentators was how far Canada was from the definition of a federal state, or even a common market. Safarian himself wrote that "in summary, section 121 of the B.N.A. Act constitutionally establishes a customs union rather than the more integrated, and largely de facto, common market for Canada."(32) The Quebec Liberal Party's 1980 beige paper on Confederation (A New Canadian Federation) pointed out that more barriers to economic mobility were prohibited in the European Economic Community than are currently prohibited in Canada.(33)

A 1983 publication briefly surveyed the constitutions of selected other federations and international organizations, and then considered Canada:

> With this background to provide some perspective, we can turn to an examination of institutional arrangements concerning the Canadian common market. By contrast with the cases mentioned above, the Canadian Constitution as embodied in the Constitution Act, 1867 provides very little insight into the nature of the Canadian common market. There exists no statement of the principles guiding its goals, structure or

---

(31) Cited by T.J. Courchene, "Analytical Perspectives on the Canadian Economic Union," in Trebilcock et al., Federalism and the Canadian Economic Union (1983), p. 59-60.

(32) Safarian (1974), p. 20.

(33) Cited in Penny, Trebilcock and Laskin (1983), p. 525.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> evolution. Furthermore, there are few specific rules to protect the common market. Of the more than 140 sections of the Act, only one, section 121, pertains to the nature of the Canadian common market.(34)

There are numerous ways in which either level of government can interfere with the free flow of goods, people, services and capital. Provincial non-tariff barriers have included procurement policies, subsidies, regulatory standards, natural resource policies, and liquor policies. As for the federal government, "energy policies, the tariff and other trade restrictions, the tax system and freight rates can all be seen as efforts of the federal Parliament to redistribute national wealth"(35) and affect economic mobility. This is, of course, before we even start to consider such deliberate and accepted policies as equalization payments and regional redistribution.

Although it has been argued that the federal programs have more overall effect, the provincial policies are generally seen as more destructive and less defensible. Among the specific provincial actions that caused concern in the years immediately preceding the constitutional negotiations were: a Prince Edward Island law restricting the right of Canadian individuals and companies resident outside the province to own land in the province; a Quebec law imposing restrictions on the mobility of construction workers within the province and on workers coming into the province from outside; a Newfoundland law requiring offshore petroleum companies to give Newfoundland residents preference in hiring and to purchase local goods and services; a Nova Scotia law enabling the government to require petroleum companies to give employment preference to Nova Scotians; British Columbia's intervention in the takeover of a local forest products company by an out-of-province company and Quebec's similar

---

(34) F.R. Flatters and R.G. Lipsey, Common Ground for the Canadian Common Market, Institute for Research on Public Policy, Montreal, 1983, p. 9.

(35) Nola Silzer and Mark Krasnick, "The Free Flow of Goods in the Canadian Economic Union, Constitutional Law," Perspectives on the Canadian Economic Union, Volume 60 of the Macdonald Commission Report, Toronto, 1985, p. 182.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

action regarding a local financial company; and Alberta's cutback in oil production to influence energy policy and price negotiations.(36)

As part of the constitutional negotiations leading to the Constitution Act, 1982, the federal government suggested three possible means to enhance the Canadian Economic Union (CEU):

(i) entrenching in the Constitution the mobility rights of citizens, as well as their right to gain a livelihood and acquire property in any province, regardless of their provinces of residences or previous residence and subject to laws of general application;

(ii) placing limitations upon the ability of governments to use their legislative and executive powers to impede economic mobility by way of general provisions, through the revision and expansion of section 121 of the BNA Act;

(iii) broadening federal powers so that they may encompass all matters that are necessary for economic integration, thus ensuring that the relevant laws and regulations will apply uniformly throughout Canada, or that the "test" of the public interest will be brought to bear upon derogation from uniformity.(37)

The first approach, somewhat weakened, became section 6 of the Charter; the second would have resulted in a strengthened 121 covering services and capital as well as goods; and the third approach would have seen an expanded section 91(2).

The proposed revision to section 121 was rejected by nine of the ten provinces at the 1980 Constitutional Conference. A major reason was that section 121(3) would have exempted laws passed by Parliament

---

(36) John A. Hayes, Economic Mobility in Canada, Government of Canada, Ottawa, 1982, p. 10-11.

(37) Chrêtien (1980), p. 29-30 (as cited in Thomas J. Courchene, Economic Management and the Division of Powers, Vol. 67 of the Macdonald Commission Report, Toronto, 1985, p. 215).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

pursuant to the principles of equalization and regional development. Not unexpectedly, the provinces saw this as allowing the federal government to do exactly what would be forbidden to the provinces and, what was even more galling, to take credit for it.(38)

Nonetheless, as Courchene points out, the very existence of the federal proposals may have affected the overall negotiations:

> Rather than jockeying for more powers, the provinces suddenly realized that the impact of the CEU might well be to undermine substantially their existing powers. In this way the CEU, and particularly the manner in which Ottawa backed off from its original proposals, may have played a role in securing the constitutional accord. The basic point in all this that a large part of the reason why the CEU is such a contentious issue relates to the dramatic impact it might have on the division of powers.(39)

Ultimately, it appears that neither level of government wanted to insist on a broadly defined right of economic mobility because it was unclear how far it would limit the powers of either or both. Both levels of government appeared to be more comfortable with the known rules of allocation of power rather than the relatively unknown rules of limitation on power. What remains to be seen is how much the Charter, and the legal atmosphere surrounding the Charter, will force a change of the rules regardless of governmental intent. As individual claimants and their lawyers become increasingly used to basing their arguments on personal mobility rights, they may become more willing to use section 121 to test the limits of individual rights with respect to other interprovincial barriers.

---

(38) Tanya Lee and Michael J. Trebilcock, "Economic Mobility and Constitutional Reform," 37 University of Toronto Law Journal (1987) 268, p. 274.

(39) Courchene (1985), p. 226.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

SECTION 6

Section 6, in its entirety, reads as follows:

> (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.
>
> (2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right
> (a) to move to and take up residence in any province;
> (b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.
>
> (3) The rights specified in subsection (2) are subject to
> (a) any laws or practices of general application in force in a province other than those that discriminate among persons primarily on the basis of province of present or previous residence; and
> (b) any laws providing for reasonable residency requirements as a qualification for the receipt of publicly provided social services.
>
> (4) Subsections (2) and (3) do not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration in a province of conditions of individuals in that province who are socially or economically disadvantaged if the rate of employment in that province is below the rate of employment in Canada.

As originally proposed by the federal government, section 6 would have guaranteed a right to hold property in any province as well as a right to pursue the gaining of a livelihood in any province. This was not acceptable to the provinces, although the majority opinion seems to be that section 6 would still guarantee a right to own property where this was necessary to pursue a livelihood.(40)

The section 6 originally proposed did not have subsection 6(3)(b) or the affirmative action subsection 6(4), which was apparently added at the insistence of Newfoundland to protect preferential hiring in

---

(40) See Peter Bernhardt, "Mobility Rights: Section 6 of the Charter: The Canadian Economic Union," Queen's Law Journal, Vol. 12, 1987.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the offshore oil industry.(41) The scope of 6(4) is not yet clear, but it drew considerable fire at the time it was presented:

> The mobility rights escape clause agreed on in November, 1981, for use by provinces with above-average unemployment, is unknown in other federations and in the EEC. It will confer respectability on measures that are generally regarded as incompatible with the notion of common citizenship.(42)

Overall, however, it is somewhat surprising that the provinces ultimately accepted section 6 to the degree they did. When asked to define, in January 1981, what he meant by "general opposition" from the provinces, Jean Chrétien had responded: "Ontario supported it and there might be another province..."(43)

Provincial acquiescence in section 6 is particularly surprising in light of the fact that it is one of the few Charter rights not subject to provincial or federal override by section 33. Section 6 and section 121 are therefore parallel rights: enforceable against either level of government and not subject to legislative countermand.

There are three possible rationales for a right of personal and economic mobility. The first is that mobility is a purely individual right; the second, that it is a necessary characteristic of citizenship; and the third, that it will enhance the economic efficiency of the country. Commentators have suggested that section 6(2) primarily protects a personal mobility right, rather than a citizenship right or an economic infrastructure:

> If the participants [to the constitutional negotiations] had agreed to either the economic efficiency

---

(41) See Douglas A. Schmeiser and Katherine J. Young, "Mobility Rights in Canada," 13 Manitoba Law Journal 615, at 626; Bernhardt (1987), note 23, p. 205.

(42) Hayes (1982), p. 7-8.

(43) Sanda Rodgers-Magnet and Joseph Eliot Magnet, "Mobility Rights: Personal Mobility and the Canadian Economic Union," in Vol. 60 of the Macdonald Commission Report, p. 249.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> rationale or a generous interpretation of the rights accruing to citizenship, the proposed new section 121 would probably have been adopted.(44)

In Black, however, the Supreme Court adopted the viewpoint that section 6 mobility rights are essentially rights related to citizenship.(45) This case originated in 1981, when, as part of a broader objective of becoming a national law firm, a Toronto-based law firm, McCarthy & McCarthy, proposed to open a office in Calgary, staffed entirely by partners and associates qualified to practise law in Alberta. On 1 September 1981, Mr. Black formed a law partnership called Black & Co., and commenced operations in Calgary. All of the partners of the firm were members of the Law Society of Alberta but were also partners of McCarthy & McCarthy. Some of the partners resided in Calgary and some in Toronto.

In early 1983 two new rules of the Law Society of Alberta came into effect. Rule 75B stated that no member of the Law Society could be a partner in, or associated with, more than one law firm. Rule 154 stated that an active member of the Society residing and practising law within Alberta could not enter into, or continue, a partnership or association with anyone who was not also an active member ordinarily residing in Alberta.

The Law Society of Alberta argued that section 6(2)(b) of the Charter protected only the right to move to another province for the purpose of gaining a livelihood, not the right to gain a livelihood: "Both [Rule 75B and Rule 154], it argued, affect the mobility of legal services, not the mobility of persons. Only the latter is protected by s. 6, it maintained."(46)

---

(44) Lee and Trebilcock (1987), p. 283.

(45) Section 6 rights accrue also to permanent residents, but this paper refers only to "citizenship rights" and "citizens" for simplicity's sake.

(46) Black v. Law Society of B.C., p. 608.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

The Law Society also argued that, even if the two rules were in violation of section 6, they were reasonable limitations under section 1 of the Charter, in order to regulate and control the legal profession. To ensure high standards of competence and ethics, the society argued that the rules were necessary to control possible practice by non-members, maintain local competence and expertise, preserve the assurance fund and liability insurance coverage, maintain effective discipline powers, make competence support programs effective, prevent fee-splitting, and control breaches of confidentiality and conflict of interest. For reasons that are not relevant to this paper, the Supreme Court rejected all of the section 1 arguments of the Law Society.

In the Supreme Court decision on Black, with respect to the mobility argument itself La Forest J. first referred to Union Colliery and Winner,(47) two much-cited cases on the right to live and work in a province. In Union Colliery, the Privy Council found ultra vires a provision in a British Columbia statute that prohibited employing people of Chinese origin or descent in the mines. Parliament's authority over "naturalization and aliens," the court found, gave the federal government the power to determine the rights and privileges of naturalized Canadian residents. In Winner, a case involving provincial limitations on interprovincial and international bus transport, Rand J. described interprovincial mobility as an inherent attribute of citizenship:

> What this implies is that a province cannot, by depriving a Canadian of the means of working, force him to leave it: it cannot divest him of his right or capacity to remain and to engage in work there: that capacity inhering as a constituent element of his citizenship status is beyond nullification by provincial action...
>
> It follows, a fortiori, that a province cannot prevent a Canadian from entering it except, conceivably, in

---

(47) Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden, [1899] A.C. 580; Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd., [1951] S.C.R. 887.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> temporary circumstances, for some local reason as, for example, health.(48)

La Forest J. then found that "inhering in citizenship is the right to reside wherever one wishes in the country and to pursue the gaining of a livelihood without regard for provincial boundaries" (p. 612).

> The provinces may, of course, regulate these rights... But, subject to the exceptions in ss. 1 and 6 of the Charter, they cannot do so in terms of provincial boundaries. That would derogate from the inherent rights of the citizen to be treated equally in his capacity as a citizen throughout Canada. (p. 620-621)

Nor did the court find that the right to pursue a living was conditional upon being in the province in question. It held that a citizen or permanent resident has the right to pursue a living in one province while resident in another province or, presumably, out of the country entirely.

Although the decision in Black was founded on inherent citizenship rights, the Supreme Court did not ignore the economic implications of section 6. Noting that concerns "regarding the construction of numerous barriers to interprovincial economic activity" had undoubtedly played a part in the entrenchment of mobility rights (p. 611), the court also looked at the treatment of mobility rights under the American constitution. It decided that, there too, the governmental interest in mobility rights was to fuse a single, united nation, but the vehicle chosen was that of according rights to the citizen. "The same state economic concerns and the right of the citizen are intertwined" (p. 614).

The question has yet to be decided as to how far the right to pursue a livelihood might go. Emilio Binavince, in an early article on mobility rights before any judicial trends were clear, argued that the rights guaranteed by section 6(2)(b) necessarily involve the "acquisition and use of goods, services and capital."(49)

---

(48) Winner, p. 919-920.

(49) Emilio Binavince, "The Impact of the Mobility Rights: The Canadian Economic Union -- A Boom or a Bust?" 14 Ottawa Law Review, 1982, p. 341.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

While this might be a little broad, it does seem that section 6 might apply at least to the provision of services, which tend to involve the movement of people more than goods.(50)

CONCLUSION

The Supreme Court of Canada decision in Black v. Law Society of Alberta gives the most generous interpretation to date of the mobility rights contained in section 6 of the Charter. Although the court treated mobility rights as primarily adhering to citizenship rights, it noted at some length the interrelationship between personal mobility rights and the national economic union.

The court also appeared to endorse the broad interpretation of section 121 of the Constitution Act, 1982 suggested in earlier dicta. Specifically, it referred to comments by Rand J. in Murphy v. C.P.R, the same judgment referred to in Final Report of the Macdonald Commission as possibly applying section 121 to services and to non-tariff barriers.(51)

In Black, the interpretation of both section 6 and section 121 was placed in the context of creating and maintaining the national economic union through unimpeded interprovincial trade and commerce. Section 121, standing alone, prohibits barriers to interprovincial trade in goods. Section 6, standing alone, prohibits barriers to interprovincial labour mobility. When section 6 and section 121 are placed together, it is hard to see how interprovincial barriers to services can be immune.

---

(50) "Binavince argues that this section includes protection of the free movement of goods because they are utilized by a person 'to pursue the gaining of a livelihood in any province.' In our view, this argument is tenuous given the nature and outcome of constitutional discussions... This provision is more likely a legal challenge to procurement of services rather than goods" (Silzer and Krasnick, in Vol. 60, Macdonald Commission Report, p. 173).

(51) Final Report of Macdonald Commission, Ottawa, 1985, p. 115.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Through the generous interpretation of section 6, the apparent approval of an expanded interpretation of section 121, and the liberal references to the importance of the economic union in the framing of the Constitution, the Supreme Court of Canada, in its decision in Black, has opened the door to challenges of many of the barriers now in place to interprovincial trade in goods, services and labour.

SELECTED REFERENCES

Bernhardt, Peter. "Mobility Rights: Section 6 of the Charter: The Canadian Economic Union." Queen's Law Journal, Vol. 12, 1987.

Binavince, Emilio. "The Impact of the Mobility Rights: The Canadian Economic Union - A Boom or a Bust?" 14 Ottawa Law Review, 1982.

Canada, Royal Commission on the Economic Union and Development Prospects for Canada. Report. Vol. 60, Perspectives on the Canadian Economic Union. Vol. 67, Economic Management and the Division of Powers. Toronto, 1985.

Canada, Task Force on Canadian Unity. A Future Together: Observations and Recommendations. Ottawa, 1979.

Canadian Bar Association, Committee on the Constitution. Towards a New Canada. Montreal, 1978.

Chrêtien, Jean. Securing the Economic Union in the Constitution. Government of Canada, Ottawa, 1980.

Creighton, Donald G. British North America at Confederation. Royal Commission on Dominion-Provincial Relations, Ottawa, 1939.

Flatters, F.R. and R.G. Lipsey. Common Ground for the Canadian Common Market. Institute for Research on Public Policy, Montreal, 1983.

Hayes, John A. Economic Mobility in Canada. Government of Canada, Ottawa, 1982.

Hogg, Peter. Constitutional Law of Canada. 2nd ed. Carswell, Toronto, 1985.

La Forest, G.V. Disallowance and Reservation of Provincial Legislation. Department of Justice, Ottawa, 1955.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La Forest, G.V. The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution. 2nd ed. Canadian Tax Foundation, Toronto, 1981.

Lee, Tanya and Michael J. Trebilcock. "Economic Mobility and Constitutional Reform." 37 University of Toronto Law Journal (1987) 268.

Safarian, A.E. Canadian Federalism and Economic Integration. Privy Council Office, 1974.

Schmeiser, Douglas A. and Katherine J. Young. "Mobility Rights in Canada." 13 Manitoba Law Journal 615.

Trebilcock, Michael J. et al. Eds. Federalism and the Canadian Economic Union. Ontario Economic Council. University of Toronto Press, 1983.

BP-224F

Étude générale

LA LIBERTÉ DE CIRCULATION ET D'ÉTABLISSEMENT, L'UNION ÉCONOMIQUE ET LA CONSTITUTION

MOLLIE Dunsmuir
Division du droit et du gouvernement

Janvier 1990

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1990

N° de cat. YM32-2/224F

ISBN 0-660-93001-3

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION 1

LE CONTEXTE HISTORIQUE..... 2

L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 121..... 6

LE DÉBAT SUR L'UNION ÉCONOMIQUE AVANT 1982..... 14

L'ARTICLE 6..... 19

CONCLUSION..... 25

BIBLIOGRAPHIE..... 27

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LA LIBERTÉ DE CIRCULATION ET D'ÉTABLISSEMENT, L'UNION ÉCONOMIQUE ET LA CONSTITUTION

INTRODUCTION

Bien que l'union économique et le libre-échange interprovincial eussent été deux des principales justifications de la Confédération canadienne, les dispositions de la Constitution ne permirent pas d'en assurer la réalisation. Au début des années 1980, des voix se sont élevées pour réclamer un renforcement de l'union économique canadienne. Diverses modifications constitutionnelles ont été proposées, la plus profonde visant à élargir la portée de l'article 121 de la Loi constitutionnelle de 1867 interdisant la perception de droits de douane interprovinciaux,(1) dans le but de l'appliquer à toutes les barrières au commerce interprovincial. Bien que cette proposition eût été rejetée par les provinces, un article sur la liberté de circulation des citoyens, l'article 6, fut ajouté à la Charte.(2)

En avril 1989, la Cour suprême du Canada rendit au sujet de l'application de l'article 6 un arrêt susceptible d'avoir de larges conséquences (l'arrêt Black).(3) S'exprimant au nom de la Cour, le juge La Forest y analyse la "portée et l'effet" du paragraphe 6(2) en commençant par faire le résumé historique des raisons ayant entraîné la création de la

---

(1) Article 121: "Tous articles du cru, de la provenance ou fabrication de l'une quelconque des provinces seront, à dater de l'Union, admis en franchise dans chacune des autres provinces".

(2) On trouvera le texte de l'article 6 à la page 19.

(3) Black v. Law Society of Alberta, [1989] 1 R.C.S. 591.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Confédération, ce qui l'amène à souligner l'importance de l'union économique:

> La création d'un gouvernement central, le pouvoir en matière d'échanges et de commerce, l'article 121 et la construction d'un chemin de fer transcontinental devaient permettre de réaliser cette union économique. L'idée d'un Canada formant un seul pays comportant ce qu'on appellerait aujourd'hui un marché commun était fondamentale aux arrangements de la Confédération et les rédacteurs de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique ont tenté de supprimer les barrières internes existantes qui limitaient les déplacements à l'intérieur du pays.(4)

Il poursuit en indiquant que l'expression "en franchise" de l'article 121 signifie, au sens large, "ne devant pas faire obstacle au libre passage des frontières provinciales".(5)

Si d'autres arrêts de la Cour viennent plus tard confirmer l'importance accordée à l'union économique et à liberté de circulation et d'établissement, l'article 6 de la Charte, conjugué à une version révisée de l'article 121 de la Loi constitutionnelle de 1867, pourrait fortement contribuer à abattre les barrières interprovinciales non tarifaires.

LE CONTEXTE HISTORIQUE

> [Traduction] Mais la proposition qui nous est soumise est d'abattre toutes les barrières entre les provinces -- de faire en sorte qu'un citoyen de l'une soit un citoyen de toutes; la proposition est que nos agriculteurs et nos manufacturiers et nos mécaniciens puissent transporter leurs biens sans question dans chaque village des provinces maritimes; et qu'ils puissent avec la même liberté apporter à nos trois millions d'habitants leur poisson, et leur charbon, et leurs produits de l'Inde occidentale. La proposition est que les tribunaux, et les écoles, et les

---

(4) Ibid., p. 609

(5) Ibid.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> activités professionnelles et industrielles soient ouvertes à tous également, dans toutes les provinces.(6)

Si les auteurs de la Constitution américaine avaient tenu à garantir le droit à la vie, à la liberté et à la recherche du bonheur, il semble que les Pères de la Confédération aient eu un objectif plus modeste: garantir la paix, la liberté du commerce et la recherche d'un compromis. L'union proposée en 1867 devait garantir la paix en créant une nation plus forte, à laquelle les Américains seraient moins susceptibles de s'attaquer ou, pour reprendre les termes de Sir John A. Macdonald, fournissant à ses membres "les moyens d'une défense et d'un appui mutuels contre les agressions et l'attaque"(7). La recherche d'un compromis déboucha sur une répartition minutieuse des pouvoirs, ce qui permit notamment de sortir de l'impasse dans laquelle se trouvaient le Haut et le Bas-Canada.

> [Traduction] Les énergies et ambitions tendues de la partie occidentale de la Province ne pouvaient trouver aucune expression dans le fédéralisme de fait de l'union existante; et on estimait que les intérêts culturels des parties orientales seraient menacés si on ne parvenait pas à l'unité de droit...(8)

Le troisième objectif, "une union commerciale entre les peuples des cinq provinces, sans aucune entrave à la liberté du commerce"(9) avait probablement semblé le plus facile à atteindre. Comme il devenait évident que le traité de réciprocité de 1854-1866 avec les États-Unis serait abrogé, le principe du libre-échange interprovincial suscita un intérêt croissant. Certes, l'idée d'une économie nationale

---

(6) L'honorable George Brown, Parliamentary Debates on the Subject of the Confederation of the British North American Provinces, 3rd Session, 8th Provincial Parliament of Canada, Quebec, 1865, p. 99.

(7) L'honorable John A. Macdonald, ibid., p. 28

(8) Donald G. Creighton, British North America at Confederation, Ottawa, 1939, p. 21, 50 (Etude préparée pour la Royal Commission on Dominion-Provincial Relations).

(9) L'honorable George Brown (1865), p. 27.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

faisait encore l'objet d'attaques, notamment dans les provinces maritimes, mais on considérait dans la plupart des milieux que "l'économie nationale de l'Amérique du Nord britannique était un objectif reconnu de la Confédération"(10).

Les Pères de la Confédération étaient convaincus d'avoir fourni au gouvernement national les outils nécessaires pour forger une union efficace. Selon Donald Creighton:

> [Traduction] ... ils avaient tenté de séparer les affaires et intérêts du commerce de certains droits et coutumes de nature plus territoriale. La responsabilité du premier, qui englobait la grande majorité des activités économiques de l'Amérique du Nord britannique d'alors, fut confiée au Dominion; celle des deuxièmes, qui englobaient des questions d'importance économique mineure ou de nature fondamentalement culturelle, fut attribuée aux provinces.(11)

Pour Creighton, les trois principales armes économiques confiées au gouvernement fédéral furent le pouvoir d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement, celui de réglementer le commerce, et celui de "désavouer" les lois provinciales. L'article 121 semble avoir été conçu après coup, car il n'apparaît qu'à la quatrième ébauche de la Loi.(12) En 1867, l'expression "la paix, l'ordre et le bon gouvernement" était extraordinairement vaste, car elle était "utilisée par le bureau colonial et le gouvernement impérial pour conférer aux assemblées législatives coloniales toute la gamme de leurs pouvoirs législatifs légitimes".(13) De même, l'expression "échanges et commerce" en "vint à acquérir la plus grande importance et la plus vaste portée".(14) De fait, la Loi

---

(10) Creighton (1939), p. 41.

(11) Ibid., p. 50.

(12) G.V. La Forest, The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution (2nd ed.), Canadian Tax Foundation, Toronto, 1981, p. 6.

(13) Creighton (1939), p. 53.

(14) Ibid.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

constitutionnelle de 1867 octroyait au gouvernement fédéral en matière d'échanges et de commerce un éventail de pouvoirs plus large que ceux octroyés au Congrès américain par la Constitution des États-Unis.

Il s'avéra toutefois que les tribunaux américains s'efforcèrent d'étendre la portée du pouvoir fédéral de réglementation du commerce, alors que le Conseil privé, dans ses premières décisions, limita sérieusement la portée des articles canadiens relatifs à la paix, l'ordre et le bon gouvernement, d'une part, et à la réglementation des échanges et du commerce, d'autre part.

> [Traduction] L'histoire du pouvoir de réglementation des échanges et du commerce correspond étroitement à celle du pouvoir relatif à la paix, l'ordre et le bon gouvernement... Comme le pouvoir relatif à la paix, l'ordre et le bon gouvernement, le pouvoir de réglementation des échanges et du commerce a été sérieusement restreint par le Conseil privé, mais la Cour suprême du Canada en a permis une certaine extension depuis l'abolition des appels devant le Conseil privé. (15)

Et le pouvoir de désaveu ne s'avéra pas aussi efficace que prévu. Certes, Creighton croyait toujours en 1939 que, "tout comme le gouvernement impérial avait utilisé le pouvoir de désaveu pour défendre les structures du système mercantile, le gouvernement fédéral allait probablement s'en servir pour protéger les politiques économiques conçues dans l'intérêt général du Canada", (16) mais, alors même qu'il formulait ce commentaire, le pouvoir de désaveu tombait en disgrâce, voire en désuétude.(17)

---

(15) Peter Hogg, Constitutional Law of Canada (2nd ed.), Carswell, Toronto, 1985, p. 440-1.

(16) Creighton (1939), p. 55.

(17) Le 112e et dernier texte statutaire provincial à être désavoué, fut en 1943 une loi de l'Alberta destinée à "interdire la vente de terres à tout ennemi étranger et huttérite pendant la durée de la guerre". G.V. La Forest, Disallowance and Reservation of Provincial Legislation, ministère de la Justice, Ottawa, 1955, p. 82.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

En bref, malgré l'effort entrepris pour garantir l'union économique en investissant le gouvernement fédéral de tous les pouvoirs relatifs aux échanges, au commerce, au transport et à la finance, les premières interprétations de la Loi constitutionnelle de 1867 laissèrent aux provinces beaucoup plus de latitude que les Pères de la Confédération ne l'eussent cru possible pour élaborer leurs propres politiques économiques et dresser des barrières interprovinciales. De même, l'évolution vers un environnement économique de plus en plus complexe provoqua une multitude de barrières non tarifaires et d'interventions gouvernementales qui eussent été inconcevables pour un politicien ou un économiste du 19e siècle.

L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 121

L'introduction tardive de l'article 121 dans la Loi constitutionnelle de 1867 s'explique peut-être simplement par le fait "qu'il est tellement fondamental dans la structure envisagée qu'on l'avait tenu pour acquis".(18) C'est peut-être aussi parce qu'il était tellement fondamental qu'on en a délibérément fait une obligation imposée aux gouvernements plutôt qu'un élément du partage des pouvoirs, comme dans la partie principale de la Constitution. Quoi qu'il en soit, cet article semble à première vue interdire clairement l'érection de barrières économiques entravant la circulation des marchandises entre les provinces:

> 121. Tous articles du cru, de la provenance ou fabrication de l'une quelconque des provinces seront, à dater de l'Union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

Il convient de souligner qu'on entend généralement par "mobilité économique" la mobilité des travailleurs, des services et du capital, alors qu'on a supposé que l'article 121 s'appliquait seulement aux

---

(18) La Forest (1981), p. 6.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

marchandises. Toutefois, dans sa description de la Confédération, (19) George Brown évoque la mobilité des travailleurs et des services, et il se peut fort bien que les Pères de la Confédération aient supposé que les vastes pouvoirs fédéraux en matière d'échanges et de commerce, conjugués aux paragraphes 91 (14) à (21) empêcheraient que des barrières interprovinciales ne viennent entraver les mouvements de capitaux relativement simplifiés du 19e siècle.(20)

Deuxièmement, l'article 121 est l'un des rares articles de la Constitution originelle visant à limiter les pouvoirs gouvernementaux plutôt qu'à les répartir entre les gouvernements fédéral et provinciaux. De fait, si nous examinons les articles de la Loi constitutionnelle de 1867 ne portant pas sur des questions de procédure, nous n'en trouvons que trois qui semblent limiter les pouvoirs des deux niveaux de gouvernement : l'article 121, l'article 125 (terres publiques exemptées de taxes) et l'article 133 (emploi des langues française et anglaise au Québec). Sur les trois, seuls les articles 121 et 133 semblent concerner des droits conférés aux particuliers contre tous les gouvernements, plutôt que contre un palier spécifique de gouvernement.

Finalement, le sens exact de "franchise", dans l'expression "tous articles... seront... admis en franchise dans chacune des autres provinces" n'a jamais été clairement explicité. Bien que la tendance première ait été de limiter le sens de cette expression à la "franchise de droits de douane", la possibilité de l'interpréter de manière plus vaste ou plus souple n'a jamais été irrémédiablement éliminée.

Divers analystes ont constaté qu'il existe peu d'interprétations judiciaires de l'article 121, ce qui ne laisse pas d'étonner. Les trois premières causes dans lesquelles il a été évoqué,

---

(19) L'hon. George Brown (1865), p. 99.

(20) Au titre des paragraphes 91(14) à (21), le gouvernement fédéral est investi du pouvoir de réglementer le cours monétaire et le monnayage; les banques, la constitution en corporation des banques et l'émission du papier-monnaie; les caisses d'épargne; les poids et mesures; les lettres de change et les billets à ordre; l'intérêt de l'argent; les offres légales; et la faillite et l'insolvabilité.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Gold Seal, Nat Bell et Little(21), concernaient toutes des lois sur l'alcool, lesquelles, en 1920, étaient généralement de nature prohibitive. Dans les trois cas, la défense a tenté de donner au mot "franchise" un sens évoquant presque la notion de "droits civils" plutôt qu'un sens économique. Les tribunaux concernés ont rejeté cette interprétation en disant que le mot "franchise" signifie simplement en franchise de droits de douane, ou "sans qu'aucune taxe ni aucun droit ne soient perçus comme condition... d'admission" dans la province.(22)

L'arrêt Gold Seal portait sur une tentative d'invalidation de la Loi canadienne sur la tempérance, qui interdisait l'importation d'alcool dans toute province où la vente en était interdite par la loi provinciale. La Cour suprême a jugé que cette législation relevait du pouvoir fédéral relatif à la paix, l'ordre et le bon gouvernement, et le juge Duff explique ainsi pourquoi elle ne contrevenait pas à l'article 121:

> [Traduction] Le mot essentiel est le mot "franchise", qui signifie que c'est la perception de droits de douane ou d'autres taxes de même nature qui est interdite en matière de commerce interprovincial. (p. 470)

Dans l'arrêt Nat Bell, la Liquor Act de l'Alberta était contestée parce qu'elle interdisait la vente d'alcool dans la province (sous réserve de certaines exceptions limitées) et qu'elle imposait de sévères restrictions à toute personne possédant de l'alcool. Bien que la défense eût affirmé que la Loi contrevenait à l'article 121, le Conseil privé établit une distinction entre l'admission "en franchise" et l'utilisation "libre" après l'admission:

> [Traduction] Il ne s'agit pas d'une infraction à l'article 121 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique car l'expression "en franchise", appliquée à l'entrée dans la

---

(21) Gold Seal Ltd. v. A.G. Alberta (1921), 62 S.C.R. 424; R. v. Nat Bell Liquors Ltd., [1922] 2 A.C. 128; Little v. A.G.B.C. (1922), 65 D.L.R. 297.

(22) Gold Seal (1921), 62 S.C.R. 424, p. 470.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> province, ne signifie pas en plus qu'après son entrée dans la province l'article considéré peut être utilisé n'importe comment par son propriétaire; de plus, bien que cette Loi, comme beaucoup d'autres lois sur l'alcool, ait un effet progressivement plus restrictif sur la liberté individuelle et soit appliqué au moyen de mesures légales progressivement plus sévères, sa portée dépend de son caractère général et de ses objectifs, non de la sévérité des mesures imposées par l'Assemblée législative aux personnes qui enfreignent ses statuts. (137-138)

Dans Little, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique entérine l'obligation de déclarer les importations d'alcool pour permettre à la Commission de contrôle des alcools d'imposer une taxe égale à celle que la province eût perçue si l'alcool avait été acheté chez un distributeur du gouvernement. La taxe, déclare la Cour, "ne constituait pas un droit de douane ou autre imposé comme condition d'entrée des marchandises, mais une taxe directe imposée après leur importation".(23) La question envisagée ici avait cependant autant à voir avec le sens de la "taxation directe" à l'intérieur d'une province qu'avec l'article 121.

De même, dans l'affaire Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon, [1943] A.C. 550, arrêt déterminant dans l'évolution des pouvoirs provinciaux en matière de taxes de vente, le Nouveau-Brunswick avait imposé une taxe sur l'achat de tabac destiné à la consommation. De plus, les personnes important du tabac destiné à la consommation étaient assujetties à la taxe. Le Conseil privé considéra que l'article 121 était destiné à empêcher la perception de droits de douane et que la Loi du Nouveau-Brunswick concernait plutôt la perception d'une taxe directe à la consommation. Autrement dit, une personne ne payait pas la taxe pour être autorisée à recevoir le produit, mais seulement si elle était un fumeur ou un consommateur potentiel.

On constate ainsi que l'évolution première de l'article 121 a été influencée par deux facteurs. D'abord, les arrêts judiciaires concernaient ce qu'on appelle aujourd'hui les "taxes sur le péché" ou, à tout le moins, des questions d'ordre autant moral qu'économique. Ensuite,

---

(23) La Forest (1981), p. 179.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

en expliquant pourquoi l'article 121 ne s'appliquait pas, les tribunaux se sont généralement appuyés sur la réalité économique plus simple du début du siècle. Dans les années 1920, il leur était facile de supposer que droits ou taxes de nature douanière constitueraient le seul obstacle à la libre circulation interprovinciale des marchandises. Ils eussent probablement été incapables d'imaginer la structure réglementaire complexe qui fut mise en place durant les 60 années suivantes.

On peut arguer que l'interprétation judiciaire de l'expression "admis en franchise" pouvait tout aussi facilement être "en franchise de toute barrière économique concevable", point de vue qui reçut un appui considérable dans l'arrêt Murphy c. C.P.R. [1958] R.C.S. 626, concernant une contestation de la Loi sur la Commission canadienne du blé. La Cour a validé cette loi en affirmant qu'elle réglementait l'offre de blé plutôt que sa circulation interprovinciale. Au nom de la majorité, le juge Locke a suivi la thèse de Gold Seal en décidant que le but de l'article 121 était d'interdire les droits de douane sur le commerce interprovincial. Dans le jugement concordant, le juge Rand a dit que, dans les arrêts antérieurs, la Cour n'avait pas vraiment jugé nécessaire d'analyser l'article 121, et il a produit un long commentaire à ce sujet:

> [Traduction] "En franchise" signifie, dans l'article 121, ne devant pas faire obstacle au libre passage des frontières provinciales... J'estime que l'article 121, outre la question des droits de douane, s'oppose à toute réglementation du commerce qui serait destinée à élever des obstacles ou des limites à la liberté du commerce à l'intérieur du Dominion comme si les frontières provinciales n'existaient pas, ou à la restreindre d'une manière quelconque. Il ne fait pour moi aucun doute que cet article ne crée pas un niveau d'activité commerciale dénué de toute réglementation; ce qui est préservé, c'est la liberté du commerce, réglementé par des caractéristiques secondaires qui sont ou ont peu à peu été considérées comme des accessoires du commerce. Ce qui est interdit, c'est une réglementation du commerce dont la nature intrinsèque et l'objectif sont fondés sur une frontière provinciale [(1958) 15 D.L.R. (2d) 145, pp. 150, 153].

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

C'est le jugement que cite le juge La Forest dans Black, l'arrêt de 1989 de la Cour suprême du Canada sur l'article 6. Il s'agit manifestement de bien plus qu'une simple interdiction des droits de douane:

> [Traduction] La décision du juge Rand dans l'arrêt Murphy substitue les mots "obstacles" et "entraves" aux anciens mots "taxes" et "droits de douane", et elle fait référence à la liberté du "commerce" plutôt qu'à la libre circulation des "articles", "marchandises" ou "produits".(24)

Dans le renvoi sur la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles [1978] 2 R.C.S. 1198, le juge en chef Laskin approuve la déclaration du juge Rand, ce qui est conforme à son avis antérieur sur "l'un des objets de la Confédération, que font ressortir la liste des pouvoirs fédéraux et l'article 121, savoir, faire de l'ensemble du Canada une seule unité économique".(25) Il précise en outre que l'article 121 peut ne pas s'appliquer également aux gouvernements fédéral et provinciaux.(26)

Il convient de souligner que le juge Rand ne sous-entend nullement que l'article 121 peut être invoqué pour invalider toute la réglementation du commerce interprovincial. Il approuve le dispositif de la Loi sur la Commission canadienne du blé, quels que puissent être ses effets sur tel ou tel producteur:

> [Traduction] L'effet concret de la loi sur l'individu est de le placer dans une file d'attente mais la circulation

---

(24) Michael Penny, Michael J. Trebilcock et John B. Laskin, "Existing and Proposed Constitutional Restraints on Provincially Induced Barriers to Economic Mobility in Canada," Michael J. Trebilcock et al., éditeurs, Federalism and the Canadian Economic Union, publié pour le Conseil économique de l'Ontario par University of Toronto Press, 1983, p. 505.

(25) A.G. Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association, [1971] R.C.S. 689, p. 727.

(26) "... ce qui peut équivaloir à un tarif ou à un droit de douane sous l'empire d'une réglementation provinciale peut ne pas avoir du tout ce caractère sous l'empire d'une réglementation fédérale". Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles, p. 1267.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> ordonnée des produits continue sans entraves. L'article 121 ne confère pas à chaque producteur d'une province le droit individuel d'expédier librement, quelle que soit sa place dans cette file (Murphy, p. 153).

Quant à savoir si l'article 121 s'applique différemment aux gouvernements fédéral et provinciaux, le juge Rand n'est pas aussi général que le juge en chef Laskin. Considérant que le dispositif participe d'une "nécessité sociale et économique" et dépasse les compétences provinciales, il conclut qu'on ne peut considérer que la Loi fédérale contrevient à l'article 121, car il y aurait alors un "hiatus constitutionnel" (Murphy, p. 153).

L'article 121 respire donc encore. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse le mentionne encore en 1982 dans une affaire concernant le paragraphe 8(2) de la loi provinciale sur la taxe de vente (Health Services Tax Act) limitant le crédit d'impôt octroyé sur les biens donnés en reprise aux acheteurs de biens dans la province. Par exemple, si un résident d'Amherst, en Nouvelle-Écosse, achète une nouvelle voiture de 5 000 $ à Amherst et reçoit un crédit de 2 000 $ pour la voiture donnée en reprise, il ne doit payer la taxe que sur 3 000 $. Par contre, s'il achète la même voiture, dans les mêmes conditions, à Sackville, au Nouveau-Brunswick, soit environ 10 milles plus loin, il doit acquitter la taxe sur le montant total de 5 000 $. Bien que la Cour ait invalidé cette disposition pour de strictes raisons d'interprétation, le juge Jones s'est également fondé sur l'article 121:

> [Traduction] Il est évident que l'amendement était destiné à faire une distinction entre les ventes à l'intérieur de la province et les ventes à l'extérieur, en favorisant les premières. Aucune raison valable n'a été avancée pour justifier la nécessité d'une telle pratique dans le cadre du mécanisme global de perception légitime de recettes par la taxation directe à l'intérieur de la province. Il m'est impossible d'imaginer que le paragraphe 8(2) ait pu avoir d'autre objectif que de décourager les résidents de la province d'acheter des biens à l'extérieur de la province... De ce fait, le paragraphe 8(2) porte atteinte aux dispositions des articles 121 et 122 de l'Acte de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> l'Amérique du Nord britannique, et il est donc anticonstitutionnel.(27)

En bref, on peut déjà distinguer trois phases historiques dans l'interprétation de l'article 121. Durant les 50 premières années de la Confédération, il n'est jamais invoqué. Durant les 40 années suivantes, il l'est quelques fois, pour interdire seulement les droits de douane traditionnels que connaissaient les tribunaux à la fin du 19e et au début du 20e siècles. Depuis, il est invoqué indirectement et peu fréquemment, mais on peut affirmer que la Cour suprême du Canada en a désormais approuvé une interprétation beaucoup plus large qu'autrefois.

C'est ainsi que l'article 121 a connu un certain regain d'influence avant même les négociations constitutionnelles de 1980-1981, et avant la création de la Charte. Il semble cependant peu vraisemblable que ce phénomène puisse avoir des conséquences importantes sur les barrières interprovinciales. D'une part, le gouvernement fédéral semble avoir été réticent à réclamer une interprétation très large de l'article 121, peut-être parce qu'il aurait pu alors constater que des limites seraient imposées à ses propres politiques économiques, notamment en matière de développement régional. D'autre part, les juristes canadiens avaient l'habitude, du moins avant l'adoption de la Charte, de fonder leur argumentation sur la répartition des pouvoirs plutôt que sur l'interdiction de certaines activités gouvernementales.

> Jusqu'à récemment, tout d'abord, les juristes canadiens, peu sensibilisés à la théorie de l'intégration économique, étaient peu enclins à recourir à l'article 121 pour promouvoir les intérêts de leurs clients, préférant s'en remettre au paragraphe 91(2), beaucoup plus familier sur le plan constitutionnel. À l'opposé de ce qui s'est produit en Australie, c'est donc par le biais d'une disposition attributive de compétence, plutôt que par le moyen plus direct d'une disposition prohibitive, que les problèmes de libre circulation ont été abordés. En second lieu, les autorités fédérales elles-mêmes, lorsqu'elles sont intervenues dans des questions de cette nature, ont constamment privilégié le recours au paragraphe 91(2), favorable à une extension de leur pouvoir, plutôt qu'à

---

(27) Clearwater v. Minister of Finance (1982), 52 N.S.R. (2d), p. 430.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> l'article 121, susceptible d'être interprété comme s'appliquant au Parlement aussi bien qu'aux législatures.(28)

En gros, à mesure qu'approchaient les années 1980, on a pu avoir le sentiment que Creighton avait bien analysé les faiblesses de la Constitution pour préserver l'union économique:

> [Traduction] Les Pères de la Confédération avaient conçu un mécanisme fédéral qui s'était avéré suffisant pendant des décennies pour répondre aux besoins d'une économie relativement simple; ses faiblesses ont cependant été mises au jour comme jamais auparavant par la pression des fardeaux qui accompagnent inévitablement le monde complexe et instable d'aujourd'hui.(29)

LE DÉBAT SUR L'UNION ÉCONOMIQUE AVANT 1982

À l'approche des années 1980, l'état de l'union économique canadienne suscite de plus en plus de préoccupations, parallèlement aux projets de réforme constitutionnelle. Parmi les premières études importantes à ce sujet, mentionnons le désormais classique Canadian Federalism and Economic Integration (1974) de A.E. Safarian, et les rapports du Groupe de travail sur l'unité canadienne, de l'Association du Barreau canadien et du gouvernement fédéral.(30) Dans tous les cas, les

---

(28) Ivan Bernier et Nicholas Roy, "Le concept d'union économique en droit international et constitutionnel", Points de vue sur l'union économique canadienne, volume 60 des rapports de recherche préparés pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (ci-après désignée Commission Macdonald), Toronto, 1985. p. 71.

(29) Creighton (1939), p. 8.

(30) A.E. Safarian, Canadian Federalism and Economic Integration, Bureau du Conseil privé, Ottawa, 1974; Canada, Groupe de travail sur l'unité canadienne, Se retrouver : Observations et recommandations, Ottawa, 1979; Association du Barreau canadien, Comité sur la Constitution, Vers un Canada nouveau, Montréal, 1978; et Jean Chrétien, Fondements constitutionnels de l'union économique canadienne, gouvernement du Canada, Ottawa, 1980.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

auteurs recommandent de renforcer l'article 121 pour garantir la libre circulation des marchandises, des capitaux, des personnes et des services, et tous sont cités dans l'arrêt Black de 1989 pour illustrer la "vague de préoccupations de la part des politiciens et des théoriciens concernant l'établissement de nombreux obstacles à l'activité économique interprovinciale" (p. 611).

Safarian propose dans son rapport de classer les divers types d'intégration économique selon une échelle reprise ensuite par d'autres auteurs:

a) Zone de libre-échange, comprenant l'abolition des droits de douane et des limitations quantitatives, comme les quotas, touchant le commerce entre les pays membres, chacun conservant au demeurant ses propres barrières spécifiques à l'égard des non-membres;

b) Union douanière, qui ajoute à (a) la standardisation des barrières opposées par les pays membres aux non-membres (c.-à-d. l'adoption d'un tarif douanier extérieur commun);

c) Marché commun, qui ajoute à (b) l'abolition des restrictions sur la circulation des travailleurs et des capitaux entre les pays membres;

d) Union économique, qui ajoute à (c) divers degrés d'harmonisation des politiques économiques nationales, de façon à éliminer toute discrimination résultant des disparités entre ces politiques;

e) État fédéral, qui est une forme d'union dans laquelle le gouvernement fédéral et les provinces ou États exercent chacun des pouvoirs exclusifs dans certains domaines publics importants, et des pouvoirs partagés dans d'autres;

f) État unitaire, dans lequel le gouvernement général détient les pouvoirs relatifs aux politiques économiques et aux autres grandes questions d'intérêt public.(31)

---

(31) Cité par T.J. Courchene, "Analytical Perspectives on the Canadian Economic Union", dans Trebilcock et al., Federalism and the Canadian Economic Union (1983), p. 59-60.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Bon nombre d'analystes se sont dit consternés de constater que le Canada est bien loin de la définition d'un État fédéral, voire d'un marché commun. Safarian lui-même dit ceci: "En résumé, l'article 121 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique établit constitutionnellement une union douanière plutôt que le marché commun plus intégré et essentiellement de fait du Canada".(32) Dans son livre beige de 1980 sur la Confédération (Une nouvelle fédération canadienne), le Parti libéral du Québec signale que les interdictions à l'érection de barrières à la mobilité économique sont plus nombreuses dans la Communauté économique européenne que dans le Canada contemporain.(33)

Après avoir brièvement comparé le Canada aux constitutions de plusieurs autres fédérations et organisations internationales, les auteurs d'un document de 1983 font la constatation suivante:

> [Traduction] Le contexte étant maintenant établi, nous pouvons passer à l'examen des mécanismes institutionnels du marché commun canadien. Contrairement aux cas susmentionnés, la Constitution canadienne, telle qu'établie dans la Loi constitutionnelle de 1867, permet de tirer très peu de conclusions quant à la nature du marché commun canadien. On n'y trouve en effet aucune déclaration de principe susceptible d'éclairer ses buts, sa structure ou son évolution. On n'y trouve en outre que peu de règles spécifiques pour protéger le marché commun. Sur plus de 140 articles que contient la Loi, un seul, l'article 121, porte sur la nature du marché commun canadien.(34)

Chaque niveau de gouvernement dispose d'une foule de solutions pour entraver la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Parmi les barrières non tarifaires provinciales, mentionnons les politiques sur les marchés publics, les subventions, les normes réglementaires, les politiques sur les ressources naturelles et les politiques sur la vente d'alcool. Pour ce qui

---

(32) Safarian (1974), p. 20.

(33) Cité dans Penny, Trebilcock et Laskin (1983), p. 525.

(34) F.R. Flatters et R.G. Lipsey, Common Ground for the Canadian Common Market, Institut de recherches politiques, Montréal, 1983, p. 9.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

est du gouvernement fédéral, "la politique économique, le tarif douanier extérieur et les autres restrictions commerciales, le régime de taxation et l'établissement du prix de transport: voilà autant d'interventions fédérales qui peuvent être perçues comme des efforts de redistribution des richesses nationales"(35) et comme des mécanismes entravant la mobilité économique. Sans parler, bien sûr, de politiques aussi délibérées et acceptées que les paiements de péréquation et la redistribution régionale.

Bien qu'on ait pu dire que les programmes fédéraux ont un effet global plus étendu, on estime généralement que les politiques provinciales sont plus pernicieuses et moins défendables. Parmi les actions provinciales ayant soulevé des préoccupations durant les années qui ont précédé les négociations constitutionnelles, mentionnons: une loi de l'Île-du-Prince-Édouard limitant le droit des citoyens et des entreprises du Canada domiciliés à l'extérieur de la province de posséder des terres dans la province; une loi du Québec restreignant la libre circulation des travailleurs de la construction à l'intérieur de la province et de ceux venant de l'extérieur; une loi de Terre-Neuve obligeant les sociétés pétrolières extracôtières à embaucher de préférence des résidents de Terre-Neuve et à acheter des biens et services locaux; une loi de la Nouvelle-Écosse autorisant le gouvernement à exiger des sociétés pétrolières qu'elles embauchent de préférence des Néo-écossais; une intervention de la Colombie-Britannique dans la prise de contrôle d'une société locale de produits forestiers par une société extérieure à la province, et une action semblable du Québec au sujet d'un établissement financier local; les limites imposées par l'Alberta à la production pétrolière dans le but d'influer sur la politique énergétique et sur les négociations de prix.(36)

---

(35) Nola Silzer et Mark Krasnick, "La libre circulation des biens au sein de l'union économique canadienne, Droit constitutionnel, "Points de vue sur l'union économique canadienne", Volume 60 du Rapport de la Commission Macdonald, Toronto, 1985, p. 202.

(36) John A. Hayes, Economic Mobility in Canada, Gouvernement du Canada, Ottawa, 1982, p. 10-11.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Dans le cadre des négociations constitutionnelles qui devaient aboutir à la Loi constitutionnelle de 1982, le gouvernement fédéral proposa trois méthodes susceptibles de resserrer l'union économique canadienne (UEC):

(i) garantir dans la Constitution la liberté de mouvement et le droit d'établissement des citoyens ainsi que leur droit de gagner leur vie et d'acquérir des biens dans toutes les provinces, quelle que soit la province où ils sont ou étaient précédemment domiciliés, pourvu qu'ils se conforment aux lois d'application générale;

(ii) limiter la capacité des gouvernements d'user de leurs compétences législatives et de leurs pouvoirs exécutifs pour entraver la mobilité économique, par des dispositions générales qui pourraient être inscrites dans un texte révisé et élargi de l'aricle 121 de l'AANB;

(iii) étendre la portée des compétences fédérales à toutes les matières essentielles au bon fonctionnement de l'union économique, de manière que les lois et règlements pertinents puissent s'appliquer uniformément dans tout le Canada et que toutes dérogations soient assujetties au critère de l'intérêt général.(37)

La première méthode est devenue, sous une forme relativement affaiblie, l'article 6 de la Charte; la deuxième aurait entraîné le renforcement de l'article 121 pour l'appliquer aux services et aux capitaux, autant qu'aux marchandises; la troisième se serait traduite par un élargissement du paragraphe 91(2).

Le projet de révision de l'article 121 fut rejeté par neuf des dix provinces lors de la Conférence constitutionnelle de 1980. L'une des raisons principales fut que le paragraphe 121(3) proposé prévoyait d'exempter les lois adoptées par le Parlement en matière de péréquation et de développement régional. Il n'est pas surprenant que les provinces aient considéré que cela revenait à autoriser le gouvernement fédéral à faire

---

(37) Chrétien (1980), p. 29 et 30 (cité dans Thomas J. Courchene, La gestion économique et le partage des pouvoirs, vol. 67 du Rapport de la Commission Macdonald, Toronto, 1985).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

exactement ce qui leur serait interdit à elles et, pour couronner le tout, à en tirer crédit.(38)

Toutefois, comme l'indique Courchene, l'existence même des propositions fédérales a pu influer sur les négociations globales:

> Au lieu de manigancer afin d'accroître leurs pouvoirs, les provinces réalisèrent soudainement que l'UEC pouvait bien avoir comme répercussion un amoindrissement considérable des pouvoirs qu'elles détenaient jusqu'ici. Dans ce sens, le concept d'UEC, et notamment la manière dont Ottawa est revenu sur ses premières propositions, a probablement joué un rôle dans la garantie de l'accord constitutionnel. En résumé, les vives controverses soulevées par la question de l'UEC s'expliquent en partie par les répercussions qu'elle pourrait avoir sur le partage des pouvoirs.(39)

Il semble en fin de compte qu'aucun des deux niveaux de gouvernement ne tenait vraiment à entériner un droit à la mobilité économique défini de manière assez large, car aucun ne savait dans quelle mesure cela limiterait les pouvoirs de l'un ou de l'autre, ou des deux. Il semble que les provinces, tout comme le gouvernement fédéral, aient préféré s'en tenir aux règles relativement inconnues de la limitation de ceux-ci. Il reste à voir maintenant dans quelle mesure la Charte, et tout le contexte juridique qui l'entoure, imposeront un changement aux règles, quelle que puisse être l'intention des gouvernants. À mesure que les plaignants et leurs avocats prendront l'habitude de fonder leur argumentation sur le droit personnel à la mobilité, ils seront peut-être plus enclins à invoquer l'article 121 pour en cerner la portée, face aux autres barrières interprovinciales.

L'ARTICLE 6

Voici le texte intégral de l'article 6:

(1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

---

(38) Tanya Lee et Michael J. Trebilcock, "Economic Mobility and Constitutional Reform", 37 University of Toronto Law Journal (1987) 268, p. 274.

(39) Courchene (1985), p. 259.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit:

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

(3) Les droits mentionnés au paragraphe (2) sont subordonnés:

a) aux lois et usages d'application générale en vigueur dans une province donnée, s'ils n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle;

b) aux lois prévoyant de justes conditions de résidence en vue de l'obtention des services sociaux publics.

(4) Les paragraphes (2) et (3) n'ont pas pour objet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer, dans une province, la situation d'individus défavorisés socialement ou économiquement, si le taux d'emploi dans la province est inférieur à la moyenne nationale.

Dans l'article 6 d'abord proposé par le gouvernement fédéral figurait le droit de posséder des biens et de gagner sa vie dans toute province. Cette proposition fut rejetée par les provinces, mais il semble que l'opinion majoritaire soit que l'article 6 garantit toujours le droit de posséder des biens là où cela est nécessaire pour gagner sa vie.(40)

L'article 6 proposé à l'origine ne comportait pas l'alinéa (3)b), ni le paragraphe (4) sur l'accès à l'égalité, lesquels ont apparemment été ajoutés à l'insistance de Terre-Neuve, soucieuse de protéger le principe du recrutement préférentiel dans l'industrie pétrolière extracôtière.(41) La portée du paragraphe (4) n'est pas

---

(40) Voir Peter Bernhardt, "Mobility Rights: Section 6 of the Charter: The Canadian Economic Union", Queen's Law Journal, vol. 12, 1987.

(41) Voir Douglas A. Schmeiser et Katherine J. Young, "Mobility Rights in Canada", 13 Manitoba Law Journal 615, à 626; Bernhardt (1987), note 23, p. 205.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

encore tout à fait claire, mais c'est un paragraphe qui a fait l'objet de sévères critiques quand il a été présenté:

> [Traduction] L'échappatoire aux droits de mobilité acceptée en novembre 1981, à l'intention des provinces ayant un taux de chômage supérieur à la moyenne, n'existe pas dans les autres fédérations, ni dans la CEE. Il rend respectables des mesures qu'on juge généralement incompatibles avec la notion de citoyenneté commune.(42)

Dans l'ensemble, toutefois, il est relativement surprenant que les provinces aient fini par accepter l'article 6 comme elles l'ont fait. Invité en janvier 1981 à préciser ce qu'il entendait par "l'opposition générale des provinces", Jean Chrétien répondit: "L'Ontario était d'accord et une autre province pouvait l'être..."(43)

L'acquiescement des provinces à l'article 6 est d'autant plus étonnant si on considère que c'est l'un des rares droits de la Charte qui ne soient pas touchés par la clause dérogatoire provinciale ou fédérale de l'article 33. L'article 6 et l'article 121 renvoient donc à des droits parallèles dans la mesure où les citoyens peuvent en imposer l'exécution à l'un ou l'autre des deux paliers de gouvernement et où ils ne sont assujettis à aucune possibilité de dérogation législative.

Trois facteurs militent en faveur d'un droit à la mobilité personnelle et économique. Le premier est que la mobilité est un droit purement individuel; le deuxième, que c'est une caractéristique nécessaire de la citoyenneté; le troisième, que cela rehausse l'efficience économique du pays. Des analystes affirment que le paragraphe 6(2) protège avant tout un droit à la mobilité personnelle, plutôt qu'un droit de citoyenneté ou une infrastructure économique:

> [Traduction] Si les participants [aux négociations constitutionnelles] avaient accepté soit le facteur

---

(42) Hayes (1982), p. 7-8.

(43) Sanda Rodgers-Magnet et Joseph Eliot Magnet, "La liberté de circulation et d'établissement dans l'union économique canadienne", vol. 60 du Rapport de la Commission Macdonald, p. 275.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

d'efficience économique, soit une interprétation généreuse des droits associés à la citoyenneté, le nouvel article 121 qui avait été proposé aurait probablement été adopté.(44)

Dans Black, toutefois, la Cour suprême exprime l'opinion que les droits de mobilité de l'article 6 sont fondamentalement des droits associés à la citoyenneté.(45) L'affaire Black remonte à 1981, année où un cabinet juridique de Toronto, McCarthy & McCarthy, qui souhaitait prendre une ampleur nationale, se proposa d'ouvrir un bureau à Calgary, composé entièrement de partenaires et d'associés admis à pratiquer le droit en Alberta. Le 1er septembre 1981, M. Black créa le cabinet juridique Black & Co. qui commença ses activités à Calgary. Tous les partenaires du cabinet étaient membres de la Law Society of Alberta, mais ils étaient également partenaires de McCarthy & McCarthy. Certains des partenaires étaient domiciliés à Calgary et d'autres à Toronto.

Début 1983, deux nouveaux règlements de la Law Society of Alberta entrèrent en vigueur, à savoir le règlement 75B stipulant qu'aucun membre de la Law Society ne pouvait être partenaire ou associé dans plus d'un seul cabinet juridique, et le règlement 154 disposant qu'un membre actif de la Law Society domicilié en Alberta et y pratiquant le droit ne pouvait devenir ou rester partenaire ou associé de quiconque n'était pas également membre actif ordinairement domicilié en Alberta.

L'argument de la Law Society of Alberta fut que l'alinéa 6(2)b) de la Charte ne protégeait que le droit de se rendre dans une autre province dans le but d'y gagner sa vie, et non pas le droit d'y gagner sa vie: "Selon elle, les deux règlements touchent la liberté de circulation des services juridiques et non la liberté de circulation des personnes. Elle soutient que seule la dernière liberté est protégée par l'article 6".(46).

---

(44) Lee et Trebilcock (1987), p. 283.

(45) Les droits de l'article 6 sont également conférés aux résidents permanents mais, dans le cadre de cette étude, nous parlons seulement des "droits à la citoyenneté" et des "citoyens", par souci de simplicité.

(46) Black v. Law Society of Alberta, p. 608.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La Law Society prétendit également que, même si les deux règlements portaient atteinte à l'article 6, les limites qu'ils établissaient n'en étaient pas moins raisonnables au titre de l'article 1 de la Charte afin de réglementer et de contrôler la profession juridique. Pour garantir le respect de normes élevées de compétence et d'éthique, la plaignante affirma que les règlements étaient nécessaires afin de contrôler la pratique éventuelle du droit par des non-membres, de maintenir les compétences et l'expertise locales, de préserver le fonds d'assurance et l'assurance-responsabilité des membres, d'appliquer des pouvoirs disciplinaires efficaces, d'assurer l'efficacité des programmes de perfectionnement des compétences, d'éviter le partage des honoraires, et de réprimer les infractions à la confidentialité ainsi que les conflits d'intérêt. Pour des raisons qui n'ont rien à voir avec cette étude, la Cour suprême rejeta tous les arguments avancés par la Law Society au titre de l'article 1.

Dans la partie de l'arrêt Black de la Cour suprême concernant le droit à la mobilité, le juge La Forest évoque d'abord deux arrêts célèbres concernant le droit de vivre et de travailler dans une province, soit Union Colliery et Winner.(47) Dans Union Colliery, le Conseil privé jugea qu'une disposition d'une loi de Colombie-Britannique interdisant l'embauche de personnes d'origine ou de descendance chinoises pour travailler dans les mines était anticonstitutionnelle. Selon le Conseil privé, le pouvoir conféré au Parlement de légiférer au sujet de "la naturalisation et les aubains" donnait au gouvernement fédéral le pouvoir d'établir les droits et privilèges des résidents canadiens naturalisés. Dans l'arrêt Winner, concernant des limites provinciales au transport interprovincial et international par autobus, le juge Rand conclut que la mobilité interprovinciale était un attribut inhérent à la citoyenneté:

> Ce que signifie ceci, c'est qu'une province ne peut, en le privant des moyens d'y travailler, forcer un Canadien à quitter son territoire; qu'elle ne peut le dépouiller de son

---

(47) Union Colliery Company of British Columbia v. Bryden, [1899] A.C. 580; Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd., [1951] R.C.S. 887.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> droit ni de sa capacité d'y séjourner et d'y travailler: cette capacité constitue un élément inhérent à son statut de citoyen et est hors de portée d'une action provinciale visant à l'annuler...
>
> À fortiori, il s'ensuit qu'une province ne peut empêcher un Canadien d'entrer sur son territoire sauf, comme on peut le présumer, dans des circonstances particulières et pour des motifs d'ordre local comme, par exemple, des raisons de santé.(48)

Le juge La Forest déclare ensuite que "la citoyenneté comporte le droit inhérent de résider n'importe où dans le pays et de gagner sa vie sans égard aux frontières provinciales"(p. 612).

> Bien sûr, les provinces peuvent réglementer ces droits... Mais, sous réserve des exceptions prévues par les articles 1 et 6 de la Charte, elles ne peuvent le faire en fonction des frontières provinciales. Cela constituerait une dérogation aux droits inhérents du citoyen d'être traité également dans tout le Canada, en sa capacité de citoyen (p.620-621).

La Cour n'a pas non plus considéré que le droit de gagner sa vie est assujetti à la nécessité d'être présent dans la province considérée. Elle a conclu qu'un citoyen ou un résident permanent a le droit de gagner sa vie dans une province tout en résidant dans une autre ou, on peut le présumer, en étant même hors du pays.

Bien que l'arrêt Black soit fondé sur les droits inhérents à la citoyenneté, la Cour suprême n'a pas ignoré l'incidence économique de l'article 6. Constatant que les préoccupations "concernant l'établissement de nombreux obstacles à l'activité économique interprovinciale" avaient incontestablement contribué à l'intégration des droits de mobilité dans la Charte (p. 611), la Cour a également examiné comment les droits à la mobilité sont traités dans la Constitution américaine et elle a conclu que, là aussi, l'objectif gouvernemental en matière de droit à la mobilité était de favoriser la fusion d'une nation unique et unie, même si le

---

(48) Winner, p. 919-920.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

véhicule choisi pour ce faire avait été d'accorder des droits aux citoyens. "Les mêmes préoccupations économiques de l'État et le droit du citoyen sont entrelacés" (p. 614).

La question qu'il reste à résoudre consiste à savoir jusqu'où peut aller le droit de gagner sa vie. Dans un article consacré aux droits de mobilité avant qu'on ait pu identifier une tendance judiciaire claire, Emilio Binavince affirme que les droits garantis par l'alinéa 6(2)b) englobent nécessairement "l'acquisition et l'utilisation des marchandises, des services et du capital".(49)

Bien que cette interprétation soit peut-être un peu large, il semble que l'article 6 puisse s'appliquer au moins à la prestation de services, activité qui concerne généralement plus la circulation des personnes que des marchandises.(50)

CONCLUSION

L'arrêt Black c. Law Society of Alberta de la Cour suprême du Canada propose l'interprétation la plus généreuse à ce jour des droits de mobilité définis dans l'article 6 de la Charte. Bien que la Cour ait considéré que les droits à la mobilité sont fondamentalement inhérents à la citoyenneté, elle a tenu à souligner de manière assez détaillée la relation qui existe entre le droit de mobilité personnel et l'union économique nationale.

---

(49) Emilio Binavince, "The Impact of the Mobility rights: The Canadian Economic Union -- A Boom or a Bust?" 14 Ottawa Law Review, 1982, p. 341.

(50) "Binavince soutient que cette disposition protège la libre circulation des biens, car on en a besoin afin "de gagner [sa] vie dans toute province". À notre avis, cet argument est faible compte tenu de la nature et des résultats des discussions constitutionnelles... Cette disposition servirait plus probablement à contester les politiques d'achat de services plutôt que de biens" (Silzer et Krasnick, vol. 60, Rapport de la Commission Macdonald, p. 192).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La Cour semble également endosser l'interprétation large de l'article 121 de la Loi constitutionnelle de 1982 donnée par des arrêts antérieurs. Plus particulièrement, elle renvoie aux commentaires du juge Rand dans Murphy v. C.P.R., c'est-à-dire à l'arrêt qui est mentionné dans le rapport final de la Commission Macdonald pour justifier l'application éventuelle de l'article 121 aux services et aux barrières non tarifaires.(51)

Dans Black, la Cour interprète l'article 6 et l'article 121 dans le contexte de la création et du maintien de l'union économique nationale par le truchement du commerce interprovincial sans entraves. L'article 121, pris individuellement, interdit l'érection de barrières au commerce interprovincial des marchandises. L'article 6, pris individuellement, interdit l'érection de barrières à la libre circulation interprovinciale des travailleurs. Quand les articles 6 et 121 sont pris ensemble, il est difficile de voir comment ils ne pourraient pas s'appliquer aux barrières interprovinciales dans le secteur des services.

Par son interprétation généreuse de l'article 6, par son approbation apparente d'une interprétation élargie de l'article 121, et par ses nombreuses références à l'importance de l'union économique lors de la rédaction de la Constitution, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt Black, ouvre la porte à la contestation de maintes barrières entravant actuellement la libre circulation interprovinciale des marchandises, des services et des travailleurs.

---

(51) Rapport final de la Commission Macdonald, Ottawa, 1985.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

BIBLIOGRAPHIE

Association du Barreau canadien, Comité sur la constitution. Vers un Canada nouveau. Montréal, 1978.

Bernhardt, Peter, "Mobility Rights: Section 6 of the Charter: The Canadian Economic Union." Queen's Law Journal, vol. 12, 1987.

Binavince, Emilio, "The Impact of the Mobility Rights: The Canadian Economic Union -- A Boom or a Bust?" 14 Ottawa Law Review, 1982.

Canada, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. Rapport. Vol. 60, Points de vue sur l'union économique canadienne. Vol. 67, La gestion économique et le partage des pouvoirs. Toronto, 1985.

Canada, Groupe de travail sur l'unité canadienne. Se retrouver : Observations et recommandations. Ottawa, 1979.

Chrétien, Jean. Fondements constitutionnels de l'union économique canadienne. Gouvernement du Canada, Ottawa, 1980.

Creighton, Donald G. British North America at Confederation. Royal Commission on Dominion-Provincial Relations, Ottawa, 1939.

Flatters, F.R. et R.G. Lipsey. Common Ground for the Canadian Common Market. Institut de recherches politiques, Montréal, 1983.

Hayes, John A. Economic Mobility in Canada. Gouvernement du Canada, Ottawa, 1982.

Hogg, Peter. Constitutional Law of Canada. 2e édition. Carswell, Toronto, 1985.

La Forest, G.V. Disallowance and Reservation of Provincial Legislation. Ministère de la Justice, Ottawa, 1955.

La Forest, G.V. The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution. 2e édition. Canadian Tax Foundation, Toronto, 1981.

Lee, Tanya et Michael J. Trebilcock. "Economic Mobility and Constitutional Reform." 37 University of Toronto Law Journal (1987) 268.

Safarian, A.E. Canadian Federalism and Economic Integration. Bureau du Conseil privé, 1974.

Schmeiser, Douglas A. et Katherine J. Young. "Mobility Rights in Canada." 13 Manitoba Law Journal 615.

Trebilcock, Michael J. et al., éditeurs, Federalism and the Canadian Economic Union. Ontario Economic Council. University of Toronto Press, 1983.